

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/197267>

Please be advised that this information was generated on 2019-12-04 and may be subject to change.

Makelaardij 2015-2017 (I)

Een makelaar in onroerende zaken bemiddelt bij de koop en verkoop van woningen en bedrijfspanden. In deze kroniek wordt rechtspraak met betrekking tot (de rechtspositie van) de makelaar uit de periode 2015-2017 besproken. Deze kroniek bestaat uit twee delen. In het eerste deel worden de Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen en het recht op courtage van de makelaar besproken. In het tweede deel (dat in een volgende aflevering van *TvC* zal verschijnen) zal ik aandacht besteden aan de aansprakelijkheid van de makelaar en belangenverstrengeling.

1. Inleiding

Een makelaar in onroerende zaken is (vooral) een bemiddelaar: hij is als tussenpersoon – in opdracht van de verkoper of de koper – betrokken bij het sluiten van een koopovereenkomst aangaande een woning of bedrijfspand. In deze kroniek bespreek ik enkele voor de praktijk relevante uitspraken over (de positie van) de makelaar uit de periode 2015-2017.¹ Deze uitspraken gaan over:

- de Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen;
- het recht op courtage van de makelaar;
- aansprakelijkheid van de makelaar;
- belangenverstrengeling.

2. De Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen

Makelaars die zijn aangesloten bij de NVM, de VBO of VastgoedPRO, behoren bij het opmeten van een woning de 'Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen' (hierna: Meetinstructie) in acht te nemen. De Meetinstructie behelst een praktische handleiding voor het bepalen van het gebruiksoppervlak van een woning. Uitgegaan wordt van de definitie van 'gebruiksoppervlak' zoals vervat in art. 1 van het Bouwbesluit (waarin naar de norm NEN 2580 wordt verwezen). Het doel van de Meetinstructie is het vereenvoudigen en uniformeren van het meten van woningen.²

Het is gebruikelijk dat een voor de verkoper optredende makelaar verkoopinformatie vergaart en aan kandidaatkopers verstrekt. Hierbij moet de makelaar de nodige zorgvuldigheid betrachten. Art. 7:401 BW verplicht hem immers om zich als een 'goed opdrachtnemer' te gedragen. Deze norm is in de rechtspraak aldus geconcretiseerd dat wordt getoetst of de makelaar de zorg van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' in acht heeft genomen. *Stel:* de makelaar heeft op Funda en/of in een verkoopbrochure een *onjuist* gebruiksoppervlak (ter zake van de te koop aangeboden woning) vermeld doordat hij de woning niet met inachtneming van de Meetinstructie heeft opgemeten. Na de levering blijkt dat de gekochte woning in werkelijkheid een kleiner gebruiksoppervlak heeft dan op Funda en/of in de verkoopbrochure was vermeld. De koper stelt hierdoor schade te

hebben geleden. Kan hij de (voor de verkoper optredende) makelaar met succes aansprakelijk stellen? Deze vraag is recentelijk diverse keren aan de orde geweest in de (lagere) rechtspraak, onder meer in een arrest van het Hof Amsterdam van 24 januari 2017.³ De feiten in dit arrest kwamen in het kort op het volgende neer.

- Verkoper heeft zijn woning te koop aangeboden. Hij werd bijgestaan door een NVM-makelaar (hierna: Makelaar), die de woning heeft opgemeten en een verkoopbrochure heeft samengesteld waarin onder meer is vermeld: 'Sfeervol benedenhuis met zonnige tuin. Woonoppervlakte: circa 80 m². Aan deze brochure kunnen geen rechten worden ontleend.'
- De woning is voor de vraagprijs ad € 415 000 aan koper verkocht en geleverd.
- Na de levering heeft koper – door een nieuwe meting – ontdekt dat het woonoppervlak van de woning (vastgesteld conform de Meetinstructie) niet de in de brochure vermelde 80 m² maar slechts 71 m² bedraagt.

Stellend dat hij schade heeft geleden doordat de woning niet een oppervlak van 80 m² maar van (slechts) 71 m² heeft, heeft koper in een procedure een veroordeling van Makelaar tot betaling van schadevergoeding gevorderd. Aan deze vordering heeft hij ten grondslag gelegd dat Makelaar *onrechtmatig* jegens hem heeft gehandeld door een woning te koop aan te bieden waarbij een onjuist woonoppervlak (d.w.z. een niet conform de Meetinstructie vastgesteld oppervlak) is opgegeven.

In de volgende uitspraken waren (min of meer) dezelfde feiten aan de orde: Rechtbank Den Haag 11 september

* Universitair hoofddocent Burgerlijk (proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen en vaste medewerker van dit tijdschrift

1. Zie eerder: J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2012-2013', *TvC* 2014, afl. 4, p. 173-180 en J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2014', *TvC* 2015, afl. 4, p. 222-227.

2. De Meetinstructie Gebruiksoppervlakte woningen (versie januari 2018) is o.m. te vinden op www.nvm.nl.

3. ECLI:NL:GHAMS:2017:191. Dit arrest is gepubliceerd in zowel *NJF* 2017/120 als *RVR* 2017/27.

2013, *NJF* 2013/463,⁴ Rechtbank Gelderland 16 december 2015, *NJF* 2016/135,⁵ Rechtbank Amsterdam 6 april 2016, *RVR* 2016/66⁶ en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 december 2017.⁷

Uit voormelde uitspraken valt op te maken dat bij de (rechterlijke) beoordeling of de voor de verkoper optredende makelaar aansprakelijk is jegens de koper op grond van onrechtmatige daad, de volgende aspecten een rol (kunnen) spelen.

Onrechtmatige daad makelaar?

Levert de onjuiste vermelding van het gebruiksoppervlak (op Funda en/of in de verkoopbrochure) een onrechtmatige daad van de makelaar jegens de koper op? Hoewel de norm van art. 7:401 BW in beginsel alleen in de contractuele relatie tussen de makelaar en zijn opdrachtgever geldt, wordt bij de beoordeling of de makelaar tegenover een derde (zoals i.c. de koper) onrechtmatig heeft gehandeld, eveneens getoetst aan de maatstaf van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'.⁸ In dit verband wordt ook rekening gehouden met voorschriften en gedragsregels die een beroepsvereniging aan haar leden heeft opgelegd. In de hierboven genoemde, door het Hof Amsterdam berechte zaak had Makelaar – als NVM-lid – de Meetinstructie (juist) behoren na te leven. Door dat niet te doen, heeft hij onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig jegens koper (als derde) gehandeld. Het hof overwoog onder meer:

'Het hof stelt voorop dat de ledenraad van de NVM heeft besloten de meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht te stellen, omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld niet de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft (vastgesteld volgens de zogenaamde NEN-2580).'

Makelaar heeft volgens het hof onrechtmatig jegens koper gehandeld door in de verkoopbrochure een hoger woonoppervlak dan het netto woonoppervlak (bepaald volgens de Meetinstructie) te vermelden. Als 'redelijk bekwaam en redelijk handelend NVM-makelaar' had hij de Meetinstructie behoren toe te passen. Hiermee werd (dus) aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (van Makelaar jegens koper) gevestigd. In de hiervoor genoemde uitspraken van de Rechtbank Den Haag, de Rechtbank Gelderland, de Rechtbank Amsterdam en het Hof Arnhem-Leeuwarden werd eenzelfde oordeel over de onrechtmatigheid geveld.

Is deze rechtspraak strijdig met hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 17 februari 2012, *NJ* 2012/290 (*Savills/Pasman*)⁹ heeft beslist? In dit arrest – dat ik besprak in mijn *Kroniek* 2012-2013¹⁰ – overwoog de Hoge

Raad dat een onjuiste vermelding in een verkoopbrochure niet zonder meer een onrechtmatige daad van de makelaar jegens de koper oplevert. Toch meen ik dat de beslissing over de onrechtmatigheid in de hiervoor genoemde uitspraken niet onverenigbaar is met voormelde overweging van de Hoge Raad. In de zaak *Savills/Pasman* was de Meetinstructie namelijk niet aan de orde omdat het ging om de verkoop van een bedrijfspand. De hiervoor genoemde uitspraken hebben betrekking op de verkoop van een woning (waardoor de Meetinstructie wel gold). Het ging niet alleen om een onjuiste vermelding van het gebruiksoppervlak, maar ook – en vooral – om het niet (juist) toepassen van de Meetinstructie. Dit terwijl op de makelaar – als lid van de NVM, de VBO of VastgoedPRO – de verplichting rustte om de Meetinstructie in acht te nemen. Het viel hem te verwijten dat hij dit had nagelaten, en dat bracht mee dat de onjuiste vermelding van het gebruiksoppervlak als een onrechtmatige daad viel te kwalificeren.

Omvang schade

Met de onrechtmatigheid is de aansprakelijkheid evenwel nog niet gegeven. Want lijdt de koper wel schade doordat een onjuist gebruiksoppervlak (in de verkoopbrochure) is vermeld? Dat staat niet zonder meer vast. Het verweer van de makelaar komt er in zaken als deze vaak op neer dat de koper niet een lagere koopprijs zou hebben betaald indien hij van het juiste gebruiksoppervlak op de hoogte zou zijn geweest. Hierdoor zou van door de koper geleden schade geen sprake zijn.

Het uitgangspunt bij het vaststellen van (de omvang van) de schade is dat de werkelijke financiële situatie van de koper (als benadeelde) moet worden vergeleken met de financiële situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd. Het is mogelijk dat de koper een lagere koopprijs zou hebben betaald indien hij het juiste oppervlak zou hebben gekend, maar dat is geen onwrikbaar gegeven. Het gebruiksoppervlak is namelijk in de regel slechts een van de factoren die voor de koper relevant zijn bij zijn beslissing omtrent de aankoop en de daarvoor te betalen prijs. Aan het gebruiksoppervlak komt betekenis toe, maar de door de koper geleden schade kan – in de woorden van het Hof Amsterdam – 'niet eenvoudigweg op een evenredig deel van de koopsom worden vastgesteld'. De Rechtbank Amsterdam overwoog in dit verband:

'De waarde van het appartement als geheel is afhankelijk van veel factoren. Een appartement dat 25 m² kleiner is, is daarmee niet automatisch 25 maal de uit de overeenkomst te herleiden prijs per m² minder waard: vergeleken moet worden wat de marktwaarde van het hypothetische, grotere appartement zou zijn, vergeleken bij de marktwaarde van het appartement zoals dat is verkocht.'

4. ECLI:NL:RBDHA:2013:13307. Deze uitspraak is gepubliceerd in zowel *NJF* 2013/463 als *RVR* 2014/6.

5. ECLI:NL:RBGEL:2015:8297.

6. ECLI:NL:RBAMS:2016:1738.

7. ECLI:NL:GHARL:2017:10703. Daarnaast wijs ik – volledigheidshalve – nog op Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9017.

8. Zie ook: J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2012-2013', *TvC* 2014, afl. 4, p. 173 en J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2014', *TvC* 2015, afl. 4, p. 222.

9. ECLI:NL:HR:2012:BU9891.

10. J.J. Dammingh, 'Makelaardij 2012-2013', *TvC* 2014, afl. 4, p. 173-174.

Het Hof Amsterdam, de Rechtbank Den Haag, de Rechtbank Gelderland en de Rechtbank Amsterdam hebben het aannemelijk geacht dat de koper schade had geleden. Maar hoe moet dan de omvang van de (door de makelaar te betalen) schadevergoeding worden vastgesteld? De omvang van de schadevergoeding is – in de hiervoor genoemde uitspraken – door middel van een *schatting* bepaald. Dit is op zichzelf toelaatbaar aangezien art. 6:97 BW de rechter een grote mate van vrijheid geeft bij het vaststellen van de omvang van de schade.

Het Hof Amsterdam heeft de schade schattenderwijs vastgesteld en in dit verband overwogen:

‘Nu de schade niet exact kan worden vastgesteld, zal deze zo goed mogelijk worden geschat aan de hand van de beschikbare gegevens. Het hof neemt daarbij in de eerste plaats in aanmerking dat Koper de woning voor aankoop heeft bezichtigd, dat hij daarvoor (...) zonder verdere onderhandeling de vraagprijs heeft geboden en dat hij dat heeft gedaan zonder zich te vergewissen van de exacte woonoppervlakte, hoewel in de brochure het woord “circa” was vermeld. Dit duidt erop dat (...) de exacte netto woonoppervlakte bij de prijsbepaling voor hem niet van doorslaggevende betekenis was. (...) Een en ander wijst erop dat de woning ondanks de kleinere woonoppervlakte (...) een in zekere mate gewild en courant object was. Gelet op een en ander zal het hof de schade van Koper (...) schatten op een bedrag van € 10.000.’

De Rechtbank Den Haag, de Rechtbank Gelderland en de Rechtbank Amsterdam hebben de schade op dezelfde wijze begroot. Het Hof Arnhem-Leeuwarden concludeerde dat geen sprake was van schade. Dit oordeel was echter het gevolg van het feit dat de koper – als eisende partij – niet had voldaan aan de op hem rustende stelplicht: hij had niet aannemelijk gemaakt dat hij een lagere koopprijs zou hebben betaald indien hij het juiste oppervlak zou hebben gekend. Dit leidt er volgens het hof toe dat de koper zijn stelling dat hij door het onrechtmatig handelen van de makelaar schade heeft geleden, onvoldoende heeft onderbouwd, waardoor hij niet aan zijn stelplicht heeft voldaan (en de vordering tot schadevergoeding mitsdien niet toewijsbaar was).

Kan de makelaar zich op een exoneration beroepen?
In het hiervoor genoemde arrest van het Hof Amsterdam bevatte de door Makelaar aan koper verstrekte verkoopbrochure de zinsnede: ‘Aan deze brochure kunnen geen rechten worden ontleend.’ Volgens Makelaar moest dit ‘beding’ als een exoneration worden opgevat die verhindert dat hij aansprakelijk is. In enkele van de andere hiervoor genoemde uitspraken had de makelaar zich op een vergelijkbare tekst in de brochure beroepen.

Kan de makelaar door een beroep op een dergelijk in de verkoopbrochure opgenomen beding verhinderen dat hij door de koper uit onrechtmatige daad wordt aangesproken? In het (hiervoor reeds aangehaalde) arrest

Savills/Pasman uit 2012 heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de beoordeling of een voor de verkoper optredende makelaar uit onrechtmatige daad jegens een koper aansprakelijk is, naar *alle* (relevante) omstandigheden van het geval moet worden gekeken, waaronder een (eventueel) door hem in de verkoopbrochure opgenomen *voorbehoud* ten aanzien van de juistheid van de daarin vervatte informatie.¹¹

Het is dus niet onmogelijk dat de makelaar zich jegens de koper – als derde – met succes op een beding in de brochure kan beroepen. Echter: in geen van de voormelde uitspraken heeft de rechter het beroep door de makelaar op de ‘exoneration’ in de brochure aanvaard. Zowel het Hof Amsterdam als het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat het doel van de Meetinstructie – erop neerkomend dat de koper erop moet kunnen vertrouwen dat de vermelde woonoppervlakte conform de Meetinstructie is bepaald – verhindert dat de makelaar zich op een voorbehoud in de brochure kan beroepen. Dit lijkt me op zich juist. De makelaar is verplicht om de Meetinstructie (juist) toe te passen. Vermeldt hij op Funda en/of in de verkoopbrochure een onjuist gebruiksoppervlak, dan zal hem daarvan in beginsel een *verwijt* kunnen worden gemaakt, en in dat geval zal een beroep op de ‘exoneration’ *onaanvaardbaar* worden geacht.¹²

Oordeel tuchtrechter

In enkele van de uitspraken waarin is geoordeeld over de aansprakelijkheid van de makelaar, speelde ook mee dat de tuchtrechter zich eerder over het (foutieve) handelen van de makelaar had uitgelaten. Zo had de koper in het hiervoor genoemde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden (voorafgaand aan die procedure) een klacht bij de Raad van Toezicht van de NVM ingediend. De Raad van Toezicht heeft die klacht gegrond verklaard en de makelaar een berisping opgelegd. Het heeft daarbij overwogen:

‘Uitgangspunt is hierbij dat derden in beginsel op de inhoud van de in de verkoopdocumentatie (waaronder de informatie op Funda) opgenomen eigenschappen van het aangeboden object moeten kunnen afgaan bij het nemen van een aankoopbeslissing. Het behoort tot de taak van de verkopende makelaar om te vermijden dat op grond van de inhoud van de verkoopdocumentatie bij derden verwachtingen worden gewekt waarvan later blijkt dat daarvoor geen of onvoldoende grond bestaat. Beklaagde heeft weliswaar voldoende aannemelijk gemaakt dat hij de oppervlakte van de woning volgens NEN 2580 heeft opgemeten, maar vaststaat ook dat hij deze oppervlakte onjuist op Funda heeft vermeld. Daarbij kan in het midden worden gelaten of deze onjuiste vermelding is veroorzaakt door een typefout of door een foute berekening (...). De onjuiste vermelding komt in beide gevallen voor risico van beklagde en is tuchtrechtelijk laakbaar.’

Uit de in zijn arrest vervatte overwegingen blijkt dat het Hof Arnhem-Leeuwarden dit oordeel van de tuchtrechter

11. J.J. Dammingh, ‘Makelaardij 2012-2013’, *TvC* 2014, afl. 4, p. 173-174.

12. In Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9017 is het beroep door de makelaar op de exoneration in de verkoopbrochure overigens wel door de rechter aanvaard.

tot de zijne heeft gemaakt (voor zover het de onrechtmatigheid van het handelen van de makelaar betreft). Is de burgerlijke rechter overigens aan het oordeel van de tuchtrechter gebonden? Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat dit niet het geval is. Wel heeft de Hoge Raad herhaaldelijk benadrukt dat een rechter die anders oordeelt dan de tuchtrechter (ten aanzien van hetzelfde handelen of nalaten), zijn – afwijkende – oordeel zodanig behoort te *motiveren* dat het, ook in het licht van de (eerdere) tuchtrechtelijke beoordeling, voldoende begrijpelijk is.¹³

Non-conformiteit?

In de hiervoor genoemde uitspraken heeft de koper steeds de voor de verkoper optredende makelaar (op grond van onrechtmatige daad) tot schadevergoeding aangesproken. Had de koper eventueel ook de verkoper kunnen aanspreken?

Op het eerste oog lijkt de stelling dat de verkoper tekort is geschoten in de op hem rustende conformiteitsverplichting, verdedigbaar: aan de koper is immers een onroerende zaak geleverd met een geringer oppervlak dan waarvan hij was uitgegaan. De koper zou zich daarom wellicht tegenover de verkoper op *non-conformiteit* kunnen beroepen. Echter: vaak bevat de koopovereenkomst een beding dat meebrengt dat partijen aan onder- of bovenmaat geen rechten kunnen ontleen. Zo wordt in de praktijk bij de verkoop van een woning zeer geregeld van de zogenoemde ‘NVM-koopakte’ gebruikgemaakt. Art. 6.11 van de NVM-koopakte bepaalt:

‘Verschil tussen de opgegeven en de werkelijke grootte verleent aan geen der partijen enig recht.’

Dit beding verhindert in beginsel dat de koper die een geringer aantal m² geleverd kreeg dan eerder door de verkoper of diens makelaar was opgegeven, in verband met deze *ondermaat* een vordering tegen de verkoper kan instellen. Art. 6.11 kan in zoverre als een exoneration ten gunste van de verkoper worden gekwalificeerd.¹⁴ Echter: kan de verkoper zich tegenover de koper wel met succes op deze exoneration beroepen, nu de voor hem optredende makelaar een (verwijtbare) *fout* heeft gemaakt door de Meetinstructie niet (juist) toe te passen? Wat mij betreft is verdedigbaar dat art. 6:248 lid 2 BW meebrengt dat het beroep door de verkoper op de exoneration *onaanvaardbaar* is omdat de fout van zijn makelaar – in zijn verhouding tot de koper – aan hem behoort te worden *toegerekend*. Voor een nadere uitweiding over de *toerekening* van deskundigheid, wetenschap en fouten van de makelaar aan de verkoper – als diens opdrachtgever – verwijs ik naar mijn annotatie in *TvC* 2012, p. 118-126.¹⁵

Stel: de verkoper kan zich – in verband met de fout van zijn makelaar – niet op de exoneration van art. 6.11 beroepen. Zal de koper in dat geval de verkoper met succes aansprakelijk kunnen stellen? Dat is mijns inziens nog

maar de vraag. De koper stuit dan namelijk op art. 7:17 lid 6 BW, dat bepaalt:

‘Bij koop van een onroerende zaak wordt vermelding van de oppervlakte vermoed slechts als aanduiding bedoeld te zijn, zonder dat de zaak daaraan behoeft te beantwoorden.’

Art. 17 lid 6 behelst een (wettelijk) *vermoeden*. De koper zal (eerst) dit vermoeden – via het leveren van tegenbewijs – moeten ontzenuwen, wil hij zich in verband met de onjuiste vermelding van het oppervlak op non-conformiteit kunnen beroepen. Dit betekent concreet dat hij moet stellen en bewijzen (althans aannemelijk maken) dat de werkelijke oppervlakte een wezenlijke rol heeft gespeeld bij zijn aankoopbeslissing. Dat zal in veel gevallen moeilijk (of zelfs onmogelijk) zijn voor de koper. Het ligt mijns inziens dan ook niet zo voor de hand dat de koper in geval van een onjuiste oppervlaktevermelding (ook) de verkoper aanspreekt.

3. Het recht op courtage van de makelaar

Een makelaar die in opdracht van een koper of verkoper bemiddelt bij de aan- of verkoop van een woning (of een bedrijfspand), heeft in beginsel recht op een beloning voor zijn werkzaamheden. Het is in de makelaardij gebruikelijk dat op ‘no cure, no pay’-basis wordt gewerkt, hetgeen wil zeggen dat de makelaar (pas) recht heeft op loon (‘courtage’ genoemd) zodra een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Voor zijn beloning is de omvang van de door hem verrichte werkzaamheden dus niet bepalend. Het recht op loon is afhankelijk gesteld van het bereiken van een resultaat, namelijk het tot stand komen van de door de opdrachtgever gewenste koopovereenkomst. Loon staat kortom niet tegenover arbeid, maar tegenover het *resultaat* van arbeid. Het ‘no cure, no pay’-principe is in de wet terug te vinden. Art. 7:426 lid 1 BW bepaalt:

‘De tussenpersoon heeft recht op loon zodra door zijn bemiddeling de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de derde is tot stand gekomen.’

Het komt bij de verkoop van een woning (of een bedrijfspand) zeer geregeld voor dat bij het sluiten van de koopovereenkomst *onzeker* is of de koper de koopprijs zal kunnen betalen. Dit omdat hij de koopprijs niet uit eigen middelen kan voldoen en (dus) bij de bank een verzoek tot het verkrijgen van een hypothecaire geldlening moet indienen. Vooraf staat niet vast dat zo’n financieringsverzoek zal worden gehonoreerd. De bank zal aan de hand van de financiële situatie van de koper beoordelen of deze in staat moet worden geacht om de maandelijkse termijnenbedragen aangaande de te verstrekken geldlening (aflossing en rente) te voldoen. Acht de bank de koper daartoe niet in staat, dan wijst zij de financieringsaanvraag af. Om te vermijden dat de koper (hierdoor) in gebreke zal blijven

13. Zie o.m. HR 12 juli 2002, *NJ* 2003/151, ECLI:NL:HR:2002:AE1532 en HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452, *RvdW* 2017/1011.

14. Zie over art. 6.11 o.m.: J.J. Dammingh, ‘Een kritische blik op de (vernieuwde) NVM-koopakte’, *WPNR* 2014, afl. 7044, p. 1227-1228.

15. Hof ’s-Hertogenbosch 8 september 2009, *TvC* 2012, afl. 3, p. 118-126, m.nt. J.J. Dammingh. Zie ook o.m.: J.J. Dammingh, ‘De aansprakelijkheid van de verkoper bij de koop van een woning (2)’, *Adv.bl.* 2000, p. 891-896.

met de betaling van de koopprijs, wordt in de koopovereenkomst vaak een *financieringsvoorbehoud* (of ‘financieringsclausule’) opgenomen. Een dergelijk beding geeft de koper het recht om de koop te *ontbinden* indien blijkt dat hij geen passende financiering kan verkrijgen.¹⁶

Stel: een woning is verkocht waarbij door de koper een financieringsvoorbehoud is bedongen. Een makelaar heeft in opdracht van de verkoper bij de verkoop bemiddeld. Tussen makelaar en verkoper is afgesproken dat de makelaar recht heeft op een courtage van 1,25% van de koopprijs zodra de woning is verkocht. Enkele weken na het sluiten van het koopcontract ontbindt de koper de koop met een beroep op het voorbehoud. De verkoper berust in de ontbinding. Kan de makelaar in dit geval tegenover de verkoper – als zijn opdrachtgever – aanspraak op betaling van de afgesproken courtage maken? In een op 31 maart 2017 tussen Beck Makelaardij en Kortenbach gewezen arrest¹⁷ heeft de Hoge Raad zich over het antwoord op deze vraag uitgelaten.

De relevante feiten waren als volgt:

- Kortenbach heeft aan Beck Makelaardij (hierna: Beck) de opdracht verstrekt om voor hem te bemiddelen bij de verkoop van zijn woning.
- Op 16 september 2011 is de woning – door de bemiddeling van Beck – verkocht aan een koper (hierna: Koper) voor € 812.500. Art. 13 van de koopovereenkomst bevatte het volgende financieringsvoorbehoud:
 ‘Deze overeenkomst zal (...) ontbonden (kunnen) worden (...) in elk van de volgende gevallen:
 (...)
 b. als koper niet vóór 7 oktober 2011 een toezegging heeft gekregen voor het aangaan van één of meer geldleningen ter financiering van het bij deze gekochte tot een totale hoofdsom van ten minste € 812.500 plus k.k. (...) zulks tegen de normaal geldende voorwaarden en tarieven van de Nederlandse geldverstrekende instellingen. Indien de koper op grond van dit artikel de ontbinding inroept, moet er minimaal van twee verschillende erkende geldverstrekende instellingen een afwijzingsverklaring worden overhandigd aan verkoper of diens makelaar (...). Koper zal ter verkrijging van de financiering, al het hem mogelijke verrichten en kan op deze ontbindende voorwaarde alleen een beroep doen door aan verkoper tenminste twee schriftelijke afwijzingen te overleggen.’
- De vervaldatum voor het (kunnen) inroepen van het financieringsvoorbehoud is met wederzijds goedvinden tot en met 28 oktober 2011 verlengd.

- Op 28 oktober 2011 heeft Koper met een beroep op art. 13 de ontbinding van de koop (vanwege non-financiering) ingeroepen. Hij heeft daarbij verwezen naar een al eerder aan Kortenbach overgelegde afwijzing van de RNH Hypotheekbank en aangekondigd dat nog een afwijzing van de Direktbank zou volgen.

Verkoper Kortenbach heeft zich bij de ontbinding van de koop neergelegd. Makelaar Beck was echter van mening dat Koper zich ten onrechte op het financieringsvoorbehoud heeft beroepen. Bij het inroepen van de ontbinding op 28 oktober 2011 heeft Koper namelijk slechts één afwijzing overgelegd. Dit terwijl hij ingevolge art. 13 van de koopovereenkomst gehouden was om (minimaal) *twee* afwijzingen over te leggen. Bovendien volgt uit art. 13 dat Koper ‘al het mogelijke’ had moeten doen om een financiering te verkrijgen (op hem rustte een inspanningsverplichting). Volgens Beck heeft Koper zich onvoldoende ingespannen, waardoor hem geen beroep op art. 13 toekomt en hij dus niet van de eerder gesloten koop is bevrijd. Daaraan doet niet af dat Kortenbach er (zelf) voor heeft gekozen om in de (onterechte) ontbinding te berusten, aldus Beck. Kortenbach was naar zijn mening dan ook gehouden om de afgesproken courtage (1,25% van de koopprijs) te voldoen. Hij heeft in rechte een veroordeling van Kortenbach tot betaling van die courtage gevorderd.

Tussen Beck en Kortenbach was in geschil of de koopovereenkomst (tussen Kortenbach als verkoper en Koper) al dan niet terecht – via het beroep door Koper op art. 13 – is ontbonden. Maar was dit überhaupt relevant voor het recht op courtage van makelaar Beck? In beginsel niet. Uit art. 7:426 lid 1 BW volgt immers dat de makelaar recht heeft op courtage zodra (door zijn bemiddeling) de woning is verkocht. Op 16 september 2011, toen het koopcontract tussen Kortenbach en Koper werd gesloten, verkreeg Beck derhalve in beginsel een aanspraak op courtage (jegens zijn opdrachtgever Kortenbach). Echter: art. 7:426 BW is een bepaling van *regelend* recht, waardoor contractuele afwijking daarvan is toegestaan.¹⁸

Beck en Kortenbach hadden een van art. 7:426 BW afwijkende afspraak gemaakt, in die zin dat makelaar Beck (toch) *geen* recht op courtage zou hebben wanneer de koop met een beroep op het financieringsvoorbehoud zou worden ontbonden (met dien verstande dat het beroep op het voorbehoud wel terecht moest zijn gedaan).¹⁹ Een dergelijke afspraak is niet ongebruikelijk. Zo bevatten de algemene voorwaarden van de NVM, de VBO en VastgoedPRO een beding waaruit volgt dat geen courtage

16. Zie over het financieringsvoorbehoud o.m.: J.J. Dammingh, ‘Het gebruik van een financieringsclausule bij de koop en verkoop van een woning’, *WPNR* 2002, afl. 6510, p. 779-784 en *WPNR* 2002, afl. 6511, p. 794-799; I. van Ast, ‘Inspanningsverplichting bij een financieringsvoorbehoud’, *VGR* 2013, afl. 4, p. 106-111; H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties – Koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, par. 14.4, p. 517-527; Asser/Hijma 7-I* 2013/145 en J.J. Dammingh, ‘Enkele opmerkingen over het financieringsvoorbehoud’, *ORP* 2017, afl. 6, p. 23-26 en *ORP* 2017, afl. 7, p. 11-16.

17. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:567, *NJ* 2017/167 (*Beck Makelaardij/Kortenbach*).

18. Vgl. J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002, p. 297.

19. In de overwegingen van het hof en de Hoge Raad en ook in het cassatiemiddel ligt – impliciet – besloten dat een dergelijke afspraak is gemaakt (tussen Beck en Kortenbach). Dit valt echter niet af te leiden uit de feiten zoals in het arrest van de Hoge Raad weergegeven. A-G Wissink gaat in (punt 2.2.1 van) zijn conclusie voor het arrest wel uit van het bestaan van zo’n afspraak.

is verschuldigd wanneer de koper met een beroep op het financieringsvoorbehoud de koop ontbindt.

Art. 14 lid 4 van de Algemene Consumentenvoorwaarden NVM bijvoorbeeld bepaalt:

‘Bij overeenkomsten, waarvan de definitieve totstandkoming of de verplichting tot uitvoering, krachtens een tot de overeenkomst behorend beding, afhankelijk is van een opschortende of ontbindende voorwaarde, is ook het recht op courtage daarvan afhankelijk, tenzij een van partijen of beide de betreffende voorwaarde niet overeenkomstig de strekking hanteren.’

Met de ‘tenzij-formule’ in dit beding wordt verwezen naar het geval dat de koper ten onrechte een beroep op het financieringsvoorbehoud heeft gedaan. Alsdan heeft de makelaar ‘gewoon’ recht op courtage, ook al zou de verkoper (zijn opdrachtgever) in die onterechte ontbinding berusten.²⁰

Beck stelde zich op het standpunt dat Koper ten onrechte een beroep op het financieringsvoorbehoud (zoals vervat in art. 13) heeft gedaan, waardoor zijn opdrachtgever Kortenbach de afgesproken courtage aan hem verschuldigd was. De kantonrechter heeft dit standpunt echter verworpen en Becks courtagevordering afgewezen.

Het hof heeft (in hoger beroep) het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd en daartoe (o.m.) overwogen:

‘Vast staat dat koper op 28 oktober 2011 een beroep op de ontbindende voorwaarde heeft gedaan. (...) Aangenomen moet (...) worden dat Kortenbach het beroep op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard. (...)

Nu koper en verkoper er zelf vanuit zijn gegaan dat de koopovereenkomst is ontbonden, kan een derde (in casu: Beck) zich er niet op beroepen dat deze koopovereenkomst niet (op de juiste wijze) zou zijn ontbonden.’

Beck heeft in cassatie over ’s hofs oordeel geklaagd. De Hoge Raad heeft Becks cassatieklacht gegrond geacht. Hij overwoog:

‘Het recht van Beck als verkoopmakelaar op courtage komt niet te vervallen op de enkele grond dat zijn cliënt, Kortenbach, het beroep van koper op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard. Indien dit beroep van koper op kennelijk ontoereikende gronden is gebaseerd, kan de omstandigheid dat Kortenbach dit beroep heeft aanvaard, geen afbreuk doen aan het recht van Beck op de voor zijn diensten overeengekomen courtage. In dit licht getuigt van een onjuiste rechtsopvatting het oordeel van het hof dat het niet kan treden in de rechtsverhouding tussen Kortenbach en koper, (...).’

Volgens de Hoge Raad kon Beck zich er – met het oog op zijn recht op courtage – dus *wel* op beroepen dat Koper de met Kortenbach gesloten koopovereenkomst ten

onrechte heeft ontbonden. Het hof had dan ook moeten onderzoeken of Koper terecht een beroep op het financieringsvoorbehoud heeft gedaan.²¹

Het feit dat de verkoper een beroep door de koper op het financieringsvoorbehoud heeft ‘aanvaard’, is kortom niet beslissend voor het antwoord op de vraag of de makelaar al dan niet recht heeft op courtage (jegens de verkoper) wanneer de verschuldigdheid van courtage afhankelijk is gesteld van het al dan niet ontbonden zijn van de koopovereenkomst.

Stel: op de tussen makelaar en verkoper gesloten bemiddelingsovereenkomst zijn de algemene voorwaarden van de NVM van toepassing verklaard, met daarin het hiervoor geciteerde art. 14 lid 4. Heeft de koper met een beroep op een in de koopovereenkomst opgenomen financieringsvoorbehoud de koop ontbonden, dan is de verkoper in beginsel geen courtage verschuldigd. Dat is ook niet onredelijk, want het door hem beoogde resultaat is immers niet bereikt. Meent de makelaar echter dat hij toch recht op courtage heeft omdat het financieringsvoorbehoud ten onrechte is ingeroepen, dan volgt uit het woord ‘tenzij’ in art. 14 lid 4 in samenhang met art. 150 Rv dat de makelaar – in een procedure tegen de verkoper over zijn courtage-aanspraak – zal moeten bewijzen dat de koper zich ten onrechte op het financieringsvoorbehoud heeft beroepen, met als gevolg dat de koop geacht moet worden niet te zijn ontbonden waardoor de makelaar – toch wel – recht op courtage heeft.

20. Zie hierover ook: J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002, p. 319-322.

21. Toch heeft de Hoge Raad het arrest van het hof niet vernietigd. De redenen hiervoor zijn o.m. terug te vinden in: J.J. Dammingh, ‘Enkele opmerkingen over het financieringsvoorbehoud’, *ORP* 2017, afl. 7, p. 15-16.